
論 説

フランス契約法における 各種契約の一般理論の形成と展開 (1)

——非典型契約論の考察に向けた予備作業——

都 筑 満 雄

- 一 はじめに
 - 1 本稿の目的
 - 2 我が国の議論への対応
 - 3 考察の射程
- 二 問題状況
 - 1 問題の由来
 - 2 解釈の方向性と新たな視座
- 三 各種契約の一般理論の形成に関する議論
 - 1 概 説
 - 2 具体例
 - 3 各種契約の一般理論に関する諸見解
 - 4 小 括 (以上、本号)
- 四 各種契約の一般理論の形成が及ぼす影響
- 五 考 察

一 はじめに

1 本稿の目的

(1) 本稿は、フランス契約法における一般法への回帰、そしてその再生の試みの一つであるいわゆる各種契約の一般理論に関する議論を、同理論の

出現に至る問題状況から判例を受けての学説による同理論の形成、そして同理論がこの各種契約の法の分野の様々な議論に及ぼす影響に至るまで、これを検討する。そしてこの今日のフランス契約法、特に各種契約の法の分野における最も重要な議論の一つを紹介することにより、これの由来するフランス法、そして契約法の特徴を示しつつ、我が国の非典型契約論への示唆を得ることを試みるものである。

(2) フランスにおいても契約法は各種の契約に共通の法と各契約に固有の法から構成されている。契約法の中心をなす民法典には、第3編に、第3章「契約または合意による債権債務関係一般」の諸規定と、第5章以下の各種契約に関する諸規定とが置かれ、前者は各種契約に共通する規律であって一般に契約の一般理論 (théorie générale du contrat) と呼ばれ、対して後者は各種契約に固有の規律であって一般に各種契約の法 (les contrats spéciaux) と呼ばれる¹⁾。ただフランスにおいて各種契約の法の分野の契約の一般理論からの独立性は講学上も教育上も我が国に比して高い。まず通常契約の一般理論は債務法の教科書において契約の成立と効力を中心に民事責任や債務一般に関する制度とともに扱われるのに対し、通常各種契約の法にはこれとは別の同名の教科書が存在し、またこの教科書の導入部分においては契約の一般理論とは別に各種契約全体に関わる契約各論の一般理論ともいうべき議論が扱われている²⁾。次にカリキュラムにおいても一般的には各種契約の法について、契約の一般理論を含む債務法とは独立に講義がなされている。

(3) 本稿が検討する各種契約の一般理論は今日この各種契約の法の分野において最も重要な問題の一つといいえ、各種契約の全体に関わる契約各論の一般理論の議論の一つであるとともに、有名契約と無名契約や契約の性質決定、契約の一般理論と各種契約の法との関係、契約の分類といった通常ここで論じられる議論の多くに少なからぬ影響を与える³⁾。後述のように、各種契約の法の細分化特種化を受けた同規律の射程の一般化による一般法への回帰の現象の一つである本理論の展開は、契約の一般理論と各種契約の法の両分野の自立性が相対的に高いことを背景に、両規範の関係そして一般法の

支配を軸とする契約法の体系について少なからず議論がなされてきたことと、実に多くの契約が特別法によって規律されているなど各種契約の法の細分化特種化が顕著であり⁴⁾、またフランス法全体においても法の細分化特種化が進行し、そのうえ特に近年における各分野での法典化等により各法分野の独立性が主張されて、一般法の意義が問い直されていることを受けてのものである。本稿はこの各種契約の一般理論の形成および契約各論の一般理論への影響によるその展開という、今日のフランスの各種契約の法の最も重要な議論の一つを検討し、このフランス契約法における最も重要な動向の一つを我が国へ紹介し、これの由来するこうしたフランス法的特質を明らかにしようとするものである。

2 我が国の議論への対応

(1) 他方でこの各種契約の一般理論は、後述のように、ある問題について契約横断的な規律を抽出していこうとするものであり、例えばこれを組み合わせることで不断に生ずる複雑な新たな無名契約への対応をも目指すものである。そしてこの点についてのいくつかの学説による試みは以下のような我が国の議論にも対応するものである。

(2) 一方で我が国において、このような典型契約に包摂しえない契約の処遇を論ずる非典型契約論の中で⁵⁾、従来重要な位置を占めてきたのが混合契約論であった。一般に典型契約の構成分子と他の典型契約の構成分子またはどの典型契約の構成分子でもない分子を含む一個の契約とされる混合契約について、その解釈や法の適用のあり方を論ずるものである同議論においては⁶⁾、吸収主義、結合主義、類推適用主義の三つの立場が挙げられるが、学説はこのうちの類推適用主義に収斂し⁷⁾、その後発展させられることなくおかれた⁸⁾。しかし比較的近時において、既存の典型的な契約類型とそれに結びつけられた諸規範を前提として、一見それに包摂することの困難な契約を法的に再構成しながら、一定の法的効果を導くための工夫の集積であり、今

日問題になっている様々な新種契約の法的な処理について示唆を与えうるとして、これに注目する見解も現れている⁹⁾。そして後述するように各種契約の一般理論に関する議論の一部はこの混合契約論にも対応し、これに新たな観点を与えうるものである。

(3) 他方で、典型契約制度の意義や限界について考える際にはこれに包摂されない非典型契約に関する規律方法を探究することが不即不離の関係にあるとされるように¹⁰⁾、典型契約論と混合契約論を含む非典型契約論とは一体的な関係にある。これを非典型契約の側から見れば、いわゆる「非典型契約論」とは、結局、問題となっている契約と民法の典型契約そして任意規定との関係はどうあるべきかという議論であるとされる¹¹⁾。ところで近時においては典型契約制度を消極的に評価する伝統的な見解に対して¹²⁾、典型契約類型を再評価する見解が強くなっている¹³⁾。これによれば、典型契約は、準拠枠設定機能や内容形成機能に加えて創造補助機能を有するとされ、社会の変動に応じて、新たな契約類型が想像され、従前の典型契約の内実が変化するという可変性・開放性を有している¹⁴⁾。典型契約は社会秩序を再生産するとともに個人の自由に由来する創発を可能にするのである。また既存類型では処理の困難な場合、新種の契約の処理、新たな契約類型の形成は、関連する契約類型、これから導かれる構成要素を利用してなされるともされる¹⁵⁾。確かに当該契約がある典型契約に類似するからといって、「無理やりどれか或る典型契約に押し込めるべきではない」のは当然としても¹⁶⁾、例えばこれを法律行為・契約の解釈の一般理論に委ねるならば、とりわけ不合理な契約内容が明示の特約によって押し付けられる場合には、一般条項のみではこれに対応しえないゆえに、こうした契約の自由の原則を制約するためにも、任意規定の強行法規化を伴った非典型契約論が志向される¹⁷⁾。ところで契約類型には、典型契約や民法や特別法によって規律されている法定類型に加えて、非典型契約の中にも法律上規律されるには至っていないものの現実の取引社会においてその重要性のゆえに定型化されるに至っている現実類型も存在し、典型契約類型と同様の機能を果たしうるとさ

れているが¹⁸⁾、少なくともこうした現実類型として確立されるに至るまでは同様の事態が生じよう。そして後述のように本議論は新種の契約の処理と類型の形成のあり方の一つの可能性を示すものである。

3 考察の射程

(1) 既述のように本稿は、フランスにおける各種契約の一般理論の形成とその契約各論の一般理論への影響を検討し、フランス契約法の最も重要な動向の一つを紹介し、その由来するフランス法の特質を明らかにしようとするものである。他方で、本稿には同議論から得られる示唆を踏まえて進んで上記の我が国の議論を検討するまでの用意はないが、本議論は、前記のフランス法的特質にもかかわらず、やむことのない新種の契約の出現という同様の問題を抱える我が国にも有用な新たな観点を与え、上記議論への何らかの参考に供しうるものとも思われる。

(2) 本理論については既にその的確な紹介が存在し¹⁹⁾、また本理論が影響しうる契約各論の一般理論として、本稿では特に契約の性質決定、契約の分類論、契約の一般理論と各種契約の法との関係を取り上げるが、とりわけこのうちの前二者については既に典型契約論を論ずる中で詳細な検討がなされている²⁰⁾。本稿は、本理論とこれが契約法の様々な議論に及ぼす影響について、その後の展開もあわせて検討するものである。同理論に関する議論はフランスにおいて発展途上にあり、総合総括を欠くゆえに、これら隣接議論もあわせて同議論を再構成することで、このフランス契約法の重要な動向の立体的な紹介をなし、同議論の由来するフランス法的特質を示し、これを通じて我が国の非典型契約論に新たな観点を示すことを目指す本稿にもささやかな意義はあろう。

二 問題状況

1 問題の由来

(1) フランスにおける契約法の展開はその一面においてこれを構成する契約の一般理論と各種契約の法とのとりわけ優劣の関係の推移という観点からとらえることができる²¹⁾。このような見方は多くの教科書に共通しており、これによれば、両者各々が契約法において持つ重要性は時期ごとに異なり、契約の一般理論についていえば民法典の成立時までは優位にあったがその後次第に衰退していったとされている²²⁾。

(2) まず民法典の制定までは契約の一般理論の優位を語ることができる。ローマ法においては、当初限られた有名契約にのみ契約としての法的効力が認められ、契約はそれ自体として法的効力を認められていなかったという点で、契約の一般理論は存在せず各種契約の法のみが存在していた。しかしその後教会法の影響のもと、商業の要請に応えるためにも、無名契約にも法的効力が認められるようになり、契約はあらかじめ定められた型に合致するからではなく、意思の合致によって拘束が生じるとされ、かくして諾成主義と意思自治の原則を中心とするあらゆる契約に共通の法である契約の一般理論が形成され、重要性を獲得するに至る。そして民法典においては、契約法の本質は契約の一般理論を含む債務の一般理論に属し、各種契約の法はその具体的な適用に過ぎず、二次的な意義しか有しないなどとされた²³⁾。

次にその後契約の一般理論の後退が生ずる。民法典制定後の19世紀において、産業革命に続く資本主義の成立、取引の発展はフランス社会を大きく変え、新たな多様な契約の登場が要請されるに至る。そしてここでは、保険契約や労働契約のように独自の法典を有し、固有の論理に服し、一般理論に依存しない契約が増大し、また例えば賃貸借においては農事賃貸借や商事賃貸借、住居賃貸借に分化するというように、各種契約の中においても特種化

が生じている²⁴⁾。これら契約はもっぱら民法典とは別の特別法によって規律され²⁵⁾、これらは当事者の意思とは別のとりわけ一方当事者を保護するとの目的を有し、しばしば強行法規から成っている²⁶⁾。こうしてこれら特種な規範が増殖して重心がこれらに移行し、こうした特種化により契約の一般理論の適用される領域が減少するとともに²⁷⁾、各種契約の法自体もさらに特種な各種契約の法により追われるという事態が生ずる²⁸⁾。かくして今日までに契約法規範の重心は細分化特種化された各種契約の法へ移行し、そしてこの契約法規範は必然的に多くの場合民法典外の特別法として各所に散らばることとなった²⁹⁾。またこうした複雑な契約法規範はとりわけ素人にとって見通しが悪いだけでなく、分裂し散らばった規範は一貫性を欠き、全体として秩序を欠くという事態を生じさせるという不都合も指摘される³⁰⁾。

(3) また以上の契約法の発展は、不断の新たな契約の出現と承認を背景にしていることはいうまでもない。特別法を中心とする各種契約の法規範の増殖には、もともと民法典に規定のあるタイプの契約を細分化するものの他に、新しい契約を規律するものがあり、立法者は様々な目的を持ってこうした介入を行ってきた³¹⁾。後者のタイプの契約は、契約実務が契約自由の原則を行使して創造してきたものであり、多くは複雑な取引を行う要請に応えて複数の契約の特質を併せ持つ複雑な内容を有し、またこれらはとりわけアメリカの実務に由来するものであることが少なくない(この例としてしばしばファクタリングやリース、フランチャイズ、レンタル、スポンサー契約などが挙げられる)³²⁾。そしてこれらしばしば複雑な新たな契約は、こうした立法により最終的に法定類型となることも稀ではないが、少なくともそれまでの間は、いかなる契約と性質決定し、これにどのような制度を適用するのかという困難な問題を生じさせる³³⁾。また立法後もこの新たな特別な契約法規範を契約法体系の中にどのように組み入れるのかという如上の契約法規範の整序の問題を引き起こす。そして実務はこうした無名契約を休むことなく次々と生じさせているのである。

2 解釈の方向性と新たな視座

(1) 以上のように、今日までに、契約法規範の重心が移行した各種契約の法は細分化特種化し、またこれと並行するしばしば複雑な新たな契約の不断の登場も相まって、上記の契約法規範の整序という問題はその重大さを増し、学説においても本問は契約法における重要な問題として認識されるに至っている。ではこのような問題を自覚した学説はどのような試みを行ってきたのか。以上の現象を前にした学説の応答は様々であるが、これらは多様化する契約と分散し細分化する規範を前にして、それぞれの基準により契約を新たな類型に再分類し、そしてその多くはこれに対応する契約横断的な規範を再構成していこうという志向を共有している³⁴⁾。

例えば、M. Cabrillac は、契約において当事者が担うリスクに不均衡がより生ずる場合として、その目的から企業の存続や活動にとって決定的であり、しばしば経済的な隷属の手段ともなる状態契約 (le contrat de situation) (例えば、排他的な供給契約やフランチャイズ、代理店契約、下請契約など) を挙げ、これを、二次的な取引に対応し、企業の存続を危険にさらすことのない一時的契約 (le contrat d'occasion) と対比する。そしてとりわけこれら状態契約においては契約の自由の濫用を抑え、契約における均衡を守るべきことを示唆する³⁵⁾。これを踏まえて D. Mainguy は、こうした状態契約に適用される法規範の考察を進めている³⁶⁾。

また P. Didier は、売買のような通常の交換型の契約と通常多くの当事者が参加し、利益を共有する会社や組合、アソシエーションのような組織型の契約とを対比し、前者と比較して後者に特有の規律 (例えば無効の回避や多数決による拘束など) を示している³⁷⁾。

他方で以上のような契約の特種化とこれによる立法の錯綜を踏まえた契約法の再法典化という観点から、P. Rémy は立法するな、法典化せよという³⁸⁾。契約は確かに法を必要とはしているが、法律を求めているかは定か

ではなく、むしろ反対のように見える。今日契約法の真の発展は契約実務や判例の構築、学説の考察によってもたらされ、それゆえ立法によるべきではない。そのうえで再法典化を提案し、法典化は必ずしも立法をすることではなく、既存の実定法に散在する諸原則を秩序だった方法で宣言し、余計なものを削ぎ、不整合を消し、再び法の体系に明晰さを与え、着想を与える力を取り戻すものであるとする。また J.-L. Aubert は民法の各分野において生じている規律の特に民法典外への分散という現象を前にして、民法典の再法典化という観点から提案を行っている³⁹⁾。すなわち民法典を解体せずにこれを保持したうえで、周辺の諸法典および諸法によりこれを補完すべきである。そして各種契約の法におけるこれらの振り分けについて、民事の共通法の法典 (Code de droit commun civil) との考え方からは原型 (matrices) となる契約、すなわち法文や実務が個別に適応させることで多様な契約を生み出すことができる基礎となる契約を法典の中に保持する方向が示唆されると。これによれば、古典的な契約は民法典の中にそのままとめられ、また下請のような契約は民法典に組み入れられるべきであるが、反対に建築予定不動産売買契約のような民法典に規定のある特種な契約は法典外に規定が置かれるべきであるということになる⁴⁰⁾。

(2) 以上の学説による契約の再分類の試みのいくつかは類型に対応する契約横断的な規範の発見を伴っていたが、既述の契約法規範の細分化特種化そして分散とこれと相まったしばしば複雑な新たな契約の不断の登場に対して、これとは正反対の契約法の新たな一般化ともいうべき傾向も近時において有力に現れるに至っており⁴¹⁾、再度また一般への法的な循環の兆候も見いだされる⁴²⁾。この中には、とりわけ各種契約の規律の中からすべての契約に妥当するものではなくても特定の問題については特定の契約の枠を超えて共通に妥当する各種契約の一般理論を見いだしていこうとするものがあり、他方で判例の中にも特定の契約に関する規律が他の契約にも及んでいく現象が見いだされる。こうした傾向は今日の代表的な各種契約の法の教科書の多くが指摘するところであり⁴³⁾、また後述するようにこれをおし進めて

その理論化を試みる見解も有力となっている。この各種契約の一般理論は現在まさに形成中の理論であり、また学説においてもこうした傾向自体が存在することに異論はないものの、その可能性をめぐる温度差もある⁴⁴⁾。しかし本理論は如上の法状況に対する今日のフランスにおいて最も有力な反応である。

三 各種契約の一般理論の形成に関する議論

1 概 説

(1) ではこの各種契約の一般理論とは何か。今日において様々な論者がこの理論を検討し、またこれに言及しているが、これらは論者の関心または立場によりその内容も射程も多様である。また同理論の表れとされる判例などにおけるある契約の規律が他の契約にも及んでいると見うる事象も論者により様々である。そこで以下においては各種契約の一般理論の最大公約数的な理解を示したうえで⁴⁵⁾、同理論の表れとして代表的な論者がおおそ共通して挙げる例を取り上げ、次いでこれに関する学説の諸見解を検討する。

(2) まずいわれるところの各種契約の一般理論とは次のようなものである⁴⁶⁾。すなわち各種契約の法の規律の中でそれが本来対象とする特定の種類の契約だけでなく他の種類の契約にもその射程が及びうると見られる規律が見いだされる。これらの規律は問題ごとに共通の性質を持つと見られる同系類の契約 (familles de contrats) に及ぶとされ、これら系類は契約の性質やその目的の性質を考慮してではなく、問題ごとの大きなカテゴリーによって形成される。こうして契約の法制度は契約の性質との結びつきを弱め同系類の様々な契約にも及ぶことになる⁴⁷⁾。ここでは当該の契約が有名契約であるか無名契約であるか、またいくつかの契約が組み合わせされたものであるのか否かは重要ではない⁴⁸⁾。そしてこうして、ある各種契約の規律が他の種類

の契約にも及ぶ結果、これら契約が画一化されてその境界がしばしばあいまいになり、こうした中で主要な契約間の相違が消えてゆくことになる。ここでは契約の性質決定や契約の法的形式はもはや従来とは同じ重要性を持っておらず、現代において重要なのは経済的取引の結果であり成果である⁴⁹⁾。非典型契約論への示唆をも求める本稿が同理論に注目するゆえんである。このように各種契約の一般理論とはある規律が特定の種類の契約を超える射程を有することで見いだされてゆくものであり、同系類の契約にその射程が及ぶ同理論は、基本的に契約一般に射程が及ぶ契約の一般理論と特定の契約にのみ規律が及ぶ各種契約の法との中間に位置づけられる理論である⁵⁰⁾。ところで契約の一般理論と各種契約の法との間には相互関係が存在し⁵¹⁾、契約の一般理論の中にはもともと各種契約の法の中の個別の契約の規律だったものがその射程を拡大し、契約の一般理論にまでなったものも存在する。そして各種契約の一般理論の形成を中心とする現代における一般理論への回帰としてしばしば挙げられる現象の中には、このように個別契約の規律の射程が同系類の諸契約を超えてほとんど契約一般にまで及び、契約の一般理論となるに至っているものもある⁵²⁾。ではこうした契約の一般理論にまでは至らない各種契約の一般理論は、判例などにおいてどのようなものが見いだされるのか。

2 具体例

(1) こうした一般理論には至らないが、ある規律なり原則が性質決定とは独立して横断的に適用される各種契約の一般理論の具体例は、同理論を主張する者により様々であるが、このうち民法典の規律に関するものでしばしば挙げられるものに以下がある^{53) 54)}。なおこれらの多くは請負契約に関するものであるが、これは同契約が広い概念であって様々な取引を対象とし、主として売買や委任、雇用、寄託契約との境界が問題となり、これらとの関係で性質決定が問題となることがその背景にある。

第一に、最も多いのが売買契約の規律が請負契約においても適用されると見うる例である。このうち判例においては、まず従来売買契約が連鎖する場合にのみ、すなわち買主が元の売主に対し物の瑕疵等を理由に損害賠償を請求する場合に同請求が契約責任に基づいて認められてきたところ、売買契約と請負契約が連鎖する場合、すなわち請負人が売主から瑕疵のある材料を購入して建物を建築し、注文主が売主に損害賠償を求めた場合に同請求も契約責任に基づいて認めた、破毀院大法廷 1986 年 2 月 7 日判決 (Bull. civ. ass. plén., n° 2; JCP. 1986 II 20116, note P. Malinvaud; D. 1986, p. 293, note A. Bénabent; RTD. civ. 1986, p. 551, obs. J. Huet) が挙げられる。同判決は物の所有権移転に伴いその従物として権利や訴権とりわけ契約責任訴権を承継するという特定承継論が売買と売買の連鎖だけでなく売買と請負の連鎖にも適用されることを認めて、契約責任の直接訴権の領域を拡張し、これを認める第一民事部とこれを認めない第三民事部の破毀院内部の対立を解消した判決である⁵⁵⁾。ここでは、売買か請負かという契約の種別によってではなく、その契約が所有権の移転を生じさせるものであるか否かが特定承継論が適用される基準になっており、その意味で従前売買における規律であったものが請負契約にも適用され、契約の性質決定から離れた規律の横断的適用が行われている例といえよう⁵⁶⁾。

次に売買契約において認められてきた所有権留保を請負契約においても認めた判例がある。破毀院商事部 2001 年 5 月 29 日判決 (Cont. conc. et consom. 2001, n° 133, note L. Leveneur; RTD. civ. 2001, p. 930, obs. P. Crocq) は、請負契約の履行によって引き渡される物も所有権留保の対象になりうることを明らかにし、続く破毀院商事部 2003 年 11 月 19 日判決 (D. 2003, Act. jur., p. 3049, obs. A. Leinhard) は、約定により所有権を留保された財産のその所有権に基づく返還請求権は契約の法的性質が何であれ行使することができるとし、そして 2009 年の民法典の担保法改正により、所有権留保がその旨の約定により所有権移転効を生ずる契約一般において担保として認められることが 2367 条に定められた。ここでも所有権留保の効力が認められるためには、合意の性

質決定を超えて取引の経済的効果として財産の移転を生じさせることが重要なのである⁵⁷⁾。

また以上とは異なり判例により認められているわけではないが、売買契約の担保責任に関する規律が同じく所有権移転をもたらす請負契約にも類推適用されるべきことがしばしば説かれる⁵⁸⁾。例えば P. Puig は、1999 年の消費動産売買指令が顧客たる注文主の地位が買主のそれと異ならないとの見地から両契約を同一の適合性の担保の制度に服させ、またこれを国内法化した 2005 年 2 月 17 日のオルドナンスによる消費法典 法 211-1 条も、結局その対象を事業者と消費者との間の関係に限定したとはいえ、この点について動産の供給を伴う請負契約を売買契約と同一視していることを踏まえて、このようにして認められた制度の同一性が所有権の移転を目的とするという点でこの二つの類型の少なからざる類似性を示唆し、また請負人は売主と同じ担保の債務を負っているとして、請負人が材料の全部または一部を提供する請負契約に瑕疵担保責任を含む売主の担保の制度をより一般的に類推することを主張している⁵⁹⁾。またより一般的に P. Puig は、とりわけ請負人の仕事 新しい財産を作り出すことにあり、契約の目的がこれを顧客に移転することにある場合には、必然的に請負契約は所有権移転を伴うように、所有権移転は同契約の本質的要素ではなくても本性的要素ではあるとし、所有権移転契約のモデルと考えられる売買契約から当該契約の特殊性を踏まえた修正を行ったうえで、これに関する制度を借りるべきであるという⁶⁰⁾。

以上とは反対に請負契約の規律が売買契約に及んでいる場合もある。民法典 1792 条以下が定める請負契約の工作物の瑕疵についての建築者の注文者または取得者に対する当然責任は、1792 条の 1 第 2 号により工作物の売主さらには工作物の所有者の受任者の資格で請負人の債務と同視される債務を果たす者にも課せられている⁶¹⁾。これに加えて請負契約などにおける代金決定に関する規律を売買にも及ぼすべしとの主張も存在する⁶²⁾。すなわち例外はあれ 1591 条によれば売買契約の成立の要件として代金額の決定が必要とされているが、請負契約など多くの契約においては事前の代金決定が不

要とされ、同規律は一般理論として売買にも拡張されるべきである。この点の自由は裁判官がその濫用を制裁することで抑えられ、また物や給付を提供する事業者が事後的に代金を決定することは原則としてすべての契約に関わることだからである。これに対して、こうした見解は売買と請負などの契約との根本的な違いを誤解しているのと同じく各種契約の一般理論を論ずる論者からの批判もある⁶³⁾。前者においては合意の目的となる物が合意時において知られ、それゆえ原則としてこの時点で代金が決まっていなければならないのに対し、後者においては対象となる給付はその質や達成のための困難さも含めて事前に予測することは困難であり、それゆえ代金を定めることなく契約が成立することが許容されているからである。

(2) 第二に、寄託に関する規律が他契約に及んでいると解せられる例も比較的多い。このうちまず寄託に関する規律が他契約において真似られているとされる例が、請負人が注文主から預かった物を滅失した場合の注文主による損害賠償請求におけるフォートの立証責任の所在に関する破毀院第一民事部 1963 年 10 月 7 日判決 (D. 1963, p. 748) である。同判決は、請負人は民法典 1302 条により預かった物がフォートなく滅失したことを立証した場合にのみ免責されるとする。本判決は寄託における立証責任に言及せず、あくまで一般法たる 1302 条に言及しているが、返還時における物の滅失によりフォートが推定されていることから、受寄者のフォートを推定する 1933 条と同様の推定がなされており、ここで同判決が請負契約において立証責任の転換を図ったとの指摘もある⁶⁴⁾。また同様のフォートの推定は破毀院第一民事部 1996 年 2 月 6 日判決 (Defrénois 1996, p. 1435, note A. Bénabent) において使用貸借の借主の損害賠償責任にも及んでいる。

次にこの同じ寄託に関する規律が模倣を超えてより直截に他契約に適用されていると見られる例が、破毀院第一民事部 1984 年 7 月 11 日判決 (Bull. civ. I, n° 230) である。同判決は、請負契約の存在が請負人が受寄者の債務を負うことを妨げないとして、直接請負人に受寄者と同じ義務を課し、そのフォートの推定を認め、預かった物を滅失した請負人の損害賠償責任を認める。ま

たこれらは破毀院商事部 1963 年 3 月 19 日判決 (RTD. civ. 1963, p. 566, obs. G. Cornu) により売買契約における物の引渡前の売主にも見いだされる。

このように請負人と売主が受寄者と同じ債務を負い、こうした規律は契約の性質決定から導き出されるのではなく、隣接する契約との近接性、すなわちここでは契約における預かった物の返還債務の債務者という受寄者の立場との類似性から類推によって導き出されるのである⁶⁵⁾。

これに対して、以上のように明白にはないものの、同じく寄託に関する規律が他の契約にも及んでいると論者により解せられる例がある⁶⁶⁾。これらにおいては上記同様に物の保管義務違反如何が問題となっており、また対象となる契約の多くは複数の民法典の典型契約の性質 (寄託を含む) を併せ持っている。この中には他契約において寄託の制度を真似た保管義務が従たる義務として認められたと見うる複数の破毀院判決が存在する。ここでは、レストラン契約におけるレストラン (破毀院第一民事部 1975 年 11 月 18 日判決 [Bull. civ. I, p. 275])、ホテルの部屋を集会用に賃貸したホテル (破毀院第一民事部 1987 年 10 月 13 日判決 [Bull. civ. I, p. 190])、医療契約における医師 (破毀院第一民事部 1988 年 11 月 22 日判決 [Bull. civ. I, p. 224])、入院を内容とする医療契約における病院 (破毀院第一民事部 1992 年 5 月 19 日判決 [Bull. civ. I, p. 99])、自動車の修理を内容とする請負契約における請負人 (破毀院第一民事部 1992 年 7 月 7 日判決 [Bull. civ. I, p. 144]) のそれぞれが、預かったないし自らの管理下に置かれた物を監視する義務を負うことが明らかにされている。実際このうちのいくつかにおいては同義務がそれぞれの契約の従たる債務であることが明示され⁶⁷⁾、また同義務の導出にあたり受託者の地位ないしは寄託への言及がなされている⁶⁸⁾。

そして Puig は、これらの判決について、主たる契約と寄託との混合契約という性質決定からではなく、寄託の制度の一部を真似て従たる保管義務が導出されていること、ゆえに寄託契約の各種契約の法の背後に類推によりその射程が保証される保管義務の一般法が見いだされることを指摘するのである⁶⁹⁾。

(3) 第三に、委任契約に関する規律が他の契約に及んでいると見うる次のような例もある。例えば判例は古くから委任契約の受任者の報酬に対して裁判所が行ってきたコントロールを自由業全体に拡張してきたが⁷⁰⁾、その中には請負契約と性質決定されうる契約において当事者間で合意された請負人の履行完了前の過大な報酬の減額も行われていた⁷¹⁾。それゆえこの委任契約の受任者の報酬に関する規律は、同契約を超えて、同じく役務提供型の契約である請負契約の請負人の報酬にも及んでいると見うる⁷²⁾。

また委任契約については、例えば委任契約の直接訴権に関する規律を直接訴権が認められている他の契約にも及ぼすべしとの見解もある⁷³⁾。運送契約（商法典 法 132-8 条）や賃貸借契約（民法典 1753 条 1 項）、請負契約（1975 年 12 月 31 日の法律第 1334 号 12 条以下）においては、役務を行った者または賃貸人からこの者にとって第三者である役務の最終的受益者に対する報酬または転借人に対する賃料の弁済を求める直接訴権がそれぞれ法認されている。そして委任契約については、もともと民法典 1994 条 2 項において委任者が複受任者に対して直接履行請求をなすことができる旨規定されていたところ、その後破毀院第一民事部 1960 年 12 月 27 日判決（Bull. civ. I, n° 573; D. 1961, p. 491, note J. Bigot）において、反対に複受任者が委任者に対してこうした直接弁済訴権を行使することが認められるに至り、かくして委任契約においては、双方向の直接訴権が認められている。そこでこの点についての委任契約の規律を、例えば賃貸人の転借人に対する直接弁済訴権しか規定されていない賃貸借について、転借人の賃貸人に対する直接訴権を認めるなど⁷⁴⁾、他契約にも及ぼすことが主張される⁷⁵⁾。

3 各種契約の一般理論に関する諸見解

(1) では以上のような判例その他における各種契約の一般理論の表れと見うる例を受けて、学説はどのように展開されたのか。同議論は今まさに形成中の議論であって⁷⁶⁾、未だ十分な蓄積を見ているとは言い難いものの、

それでも今日までにこれに関する以下のような見解が現れている。これらは様々な主張または指摘を含むものであるが、本問の中心となる主張を展開する A. Bénabent と P. Puig の見解を中心に検討する。

(2) まずこの今日において急速な展開を見せつつある各種契約の一般理論についてその先駆けとなる見解が、L. Cadiet の見解である。Cadiet は、既述のような各種契約の法への重心の移行と同規範の細分化特種化、そしてこれによる契約の一般理論の後退の不都合を指摘し、こうした特種化を終わらせ、直接的には法改正により、間接的には法律や判例、実務によって蓄積された特殊な規範から契約全体に一般化しうるものを引き出すことにより、刷新された一般理論に回帰することが不可欠であるとし、そのために契約の同系類の契約への再編をなすこうした各種契約の一般理論の検討がなされるとする⁷⁷⁾。ところで Cadiet は、市民社会を国家による締め付けから解放し、国の規制を制約して市民社会に自ら法を生み出す力を再び与える脱規制に言及し、ここでは国が課す上からの法に市民社会の構成員が交渉により生み出す下からの法が取って代わるとする⁷⁸⁾。そして契約法の発展の方向を後者の自律型の社会、すなわち契約社会を導く方に見いだす。そのうえで、こうした契約が社会を規律する方式は各種契約の法を犠牲にして一般法の発展を求めるものであるのに対し、国家が社会を規律する方式はむしろ一般法を犠牲にして各種契約の法の強化を導くものであり、国家が介入主義的に個別の契約についてしばしば強行法規を含む特別法により規制を行うものである⁷⁹⁾。以上を踏まえて契約社会に基づくこうした一般理論への回帰、そして一般法の刷新が、民法が再び市民社会の法になることを願う民法学者にとってまたとない機会であるとする⁸⁰⁾。なお Cadiet は具体的な契約の再編の基準について、法的な目的 (objet juridique) などに言及するのみであって、これを積極的に提示するものではない⁸¹⁾。

(3) 次に近時における各種契約の一般理論の代表的な見解の一つが A. Bénabent の見解である⁸²⁾。各種契約の法の再法典化についてその方法を検討する中で、各種契約の一般理論に対応する特種理論 (théories spéciales) に

ついて次のような考え方を示している。すなわち Bénabent は、上記のような同一の規律が契約の性質の相違にもかかわらずなされるべき諸例を挙げ、各種の契約ごとに分割することは恣意的な結果をもたらす、契約間の隔壁を取り払う試みがなされるべきだとする。そこでこのような試みとして、ただちに契約の一般理論に移るのではなく、特種理論とも呼びうる中間的な方法があり、これは制度を契約の性質種類に応じてある種垂直に分類するのではなく、契約が何であれ、ある種類の債務の目的と機能に結びついたひとまとまりの規律を定める契約横断的な制度を志向するものである⁸³⁾。その例として、財産の所有権移転には、売買や請負、代物弁済など契約が何であれ、同じ効果が結びつけられ（その時期や追奪または瑕疵担保責任）、物の占有の移転には、それが委任や賃貸借、請負などいずれの契約によるものであれ、同じ制度が付与され（とりわけ危険負担）、また役務提供に関する諸契約についても、給付が組み入れられる契約が請負や仲介その他何であれ、一つの制度が定められるべきだとする（例えば債務の履行の個人的性質や代金の確定、改訂など）。こうして特定の有名契約にではなく、契約が何であれ、本質的であれ付随的であれ、債務の性質に結びついた特種理論が導き出され、そしてこのアプローチは財産の所有権移転や占有の移転、使用の約束、金銭の支払、役務給付の履行、なさざる約束といった債務の目的を重視するものである。

なお Bénabent はこれだけからすべてを無分別に統合するのではなく、このアプローチに一または複数の要素を組み合わせるのが理にかなっていると⁸⁴⁾。そのようなものとして Bénabent が主として挙げるものが、広い意味での有償、無償による区別である。契約が何であれ、その譲渡が有償によるのか無償によるのかで例えば担保責任の有無に差が生じ、より一般的に対価を受け取る債務者により要求できるとすることが理にかなっており、そして直接の対価がなくても債務者が債務の背景から利益を受けている場合があるように、当該の債務がどちらの当事者の利益において考案されたのかを問題にすることがよい。またこれに加えて当事者が事業者であるのか否かももう一つのファクターとして考えることができるとする。

かくして Bénabent によれば、ある一つの契約は、それが複雑である場合にはとりわけ、これら特種理論のうちのいくつかから構成されえ、これらはこの契約の各構成要素にそれぞれ適用されうるのである。そして以上の方法には次の利点があるとする。まず性質決定の違いによる不当な制度の相違を回避して調和をなすことができること、次に新しい契約の形成を受け入れる開かれた性格を与えることができること、さらに契約をめぐる情勢の変化を招かず、余計な再法典化を回避しうることである⁸⁵⁾。

(4) その後今日のフランス契約法研究において重要な位置を占めるに至っている雑誌である *Revue des contrats* 誌において、「各種契約の一般理論」と題する特集が組まれ、これに関する5編の論文が公にされた⁸⁶⁾。これらは本間についての野心的かつ刺激的な試みとして、本間を論ずる際に常に引用される重要なものであるが、互いに異なる本間の様々な側面を論ずるものであってその対象は一致せず、また複雑な無名契約の規律への示唆をも求める本稿の問題関心から各論文の問題意識はずれるため、ここでは本稿の関心にとって重要と思われる指摘のみを要約して挙げるにとどめたい⁸⁷⁾。

このうちまず P.-Y. Gautier は前記のような規律が契約をまたいで及ぶ様々な例を挙げたうえで、これらが及ぶ同系類は契約の性質や目的を考慮してではなく、大きなテーマごとに作られること、ここでは契約が有名か無名かは重要ではないこと、契約の組合せは無限にできることを指摘する⁸⁸⁾。加えて各種契約の新しい分類はその経済的な目的や当事者が求める目的を介して行われること、法の分化傾向に対して主要な契約の中でスタンダードが見いだされ、裁判官は矛盾や対立を回避してこれらスタンダードをよりよく利用することができ、このことは各種契約の一般理論の魅力であろうとする⁸⁹⁾。

次に F. Collart Dutilleul は、ある契約に固有であった規律がそれが及ぶことが想定されていなかった契約にも及んでいくという現象が見られることを指摘したうえで、各種契約の理論化が同系類の契約の認識に資し、これは中間的つまり同系類の契約に射程を持った理論であり、また各種契約の再分類

はこうした理論が妥当する領域を構成する諸要素を識別することで可能となり、こうした理論を様々な角度から考察し、かつこの分類の数だけ同系類の理論を再構成することができ、こうした同系類の契約の再編成は、民法典が行った契約の性質決定からではなく、今日ではその他の基準から行われるとする⁹⁰⁾。そして Collart Dutilleul はこの基準として各種の財産を挙げ、具体的には例えば知的財産と農作物について、契約の種類にかかわらず、これらの物を対象とする契約が同様の規律ないし規制に服し、これら目的物の特殊性に応じた契約の理論化が行われているとする⁹¹⁾。

また D. Mainguy は、一方で特に請負契約と売買契約、また委任契約や質貸借契約などからも各種契約の一般理論を構想するための要素を取り出すことができ、ここから様々な契約に共通する制度の包括的かつ統一的な観念を提示するのがよいとしつつ⁹²⁾、他方で各種契約の一般理論は契約の一般理論に他ならないとし、各種契約の一般理論の包括的な観念を構想しなければならないとして、契約の一般理論との連続性を強調している⁹³⁾。

さらに J.-J. Barbière は次のように契約の経済的な機能つまりそれにより実現される取引 (opération) を第一とする契約の分類を検討すべきであると⁹⁴⁾。すなわち合理的な分類の必要性和有用性は明らかであり、実務や有名契約と無名契約の接近、混合契約の存在、契約の組合せを考慮しえ、かつ同系類の契約に適用される一般的な規律の構築を容易にする有益な分類がなければ性質決定も存在しないと、この分類の基準について、様々な基準の中に契約の土台があり、これは実現される経済的な取引を表す契約の内容を表し、契約中の様々な債務の中に主たるものとされ、かつそれについて合意がなされる一つの債務が存在するが、これがこの契約の内容をなし、分類の基準になるとする。また様々な契約関係の中でこの債務が認められるならば、これによりこれら契約をまたぐ理論が容易に構築されたとする。

(5) 最後にこの各種契約の一般理論について今日までの学説の中でもその全体を対象にしてこれを最も詳細に検討した、P. Puig の見解を取り上げる。Puig の見解は、とりわけ実務における不断の新たな契約の出現、そし

てこれらがほぼ常に複雑であってしばしば複数の契約の要素を併せ持っていることを踏まえて、この各種契約の一般理論の洗練によりこうした事象に対応することを意図している点で、同問に関する見解の中でも本稿の見地から特に注目されるものである。

Puig は、まず前記のような契約法規範の分散化の一方で各種契約の法が徐々に一般化し、契約の一般理論となるには至らなくても、その間に位置づけられる諸契約の特別な共通法 (*un droit commun spécial des contrats*) が登場していることや⁹⁵⁾、契約のビッグバンとも呼ぶべき契約の増殖に対して規制の過度の細分化によるべきではないことを指摘する。そして後者について実務における契約の組合せは有名契約よりは基本的な作用 (*les opérations élémentaires*) (例えば所有権の移転や利用権の付与) から構成され、二重の規制、場合によっては規制の対立矛盾を生じさせるゆえに混合的な性質決定がためられる。そこでこうした組合せは契約によるのは稀であり、多くの場合諸制度を伴う複数の核から成る。この観点から各種契約の一般理論の構築は、各契約類型の元となる要素にさかのぼり、ここから基本となる作用 (*opération*) を引き出すことによる。かくして実務はこれら基本となる構成要素を使って新しい契約を無限に作り出すことができる。そしてこの組合せの制度の発見にあたっては、従物理論や契約を変性するような解釈の濫用により、誤って単一の契約に還元し、その複雑性を否定するのではなく、複雑な契約には複雑な制度を、すなわち基本的な作用の組合せたる契約は、それぞれの作用に対応する基本的な制度を付加することで規律されるとする⁹⁶⁾。

以上の指摘をし、また前記の判例などにおける各種契約の一般理論の表れと見るものを検討して、後述のように類推適用が同理論の形成の手段として適切であるなどとしたうえで、さらに次のように主張を展開している。その主張の骨子は、複雑さを増す新しい契約を規律するため、契約カテゴリーを解体して基本的な構成要素を抽出し、これに基本的な制度を結びつけ、これらを組み合わせ、また後述のようにこの見地から各種契約の分類、つまり同系類の契約の再編成が試みられなければならないというものである⁹⁷⁾。

具体的には以下のようなものである。

まず混合契約は基本的な構成要素の集まりであり、これらは主に複数の有名契約の性質決定的な給付より成る。この混合契約において各構成要素が両立するためには、混合的な性質決定をしてこれを契約の集まりとするのでは過剰な規律が生じるため、基本的な作用の集合体とし、これらについてのルールを構築すべきである。そしてこのように構成単位を基本的な作用 (*opérations élémentaires*) として Bénabent のように債務としなかったのは、契約の一般法から特種な各種契約の法に至るまでの契約に関する法の階層を尊重するためである。つまり契約の一般法が債務の分類を示し、各種契約の法が既存の各種契約のカテゴリーに対応するのであれば、その中間に位置づけられる諸契約の特別な共通法に対応するのが単なる債務以上であるが契約以下のものであるはずであり、これは基本となる共通の目的、すなわち所有権の移転や利用の移転、財産の創出、役務の提供、保存、代理などのために集められたしばしば双務的な債務の集まりである⁹⁸⁾。またこれら作用はすべてが同じレベルにあるわけではなく、例えば保存や代理が役務の提供に含まれるように、ある作用が他の作用と重なり合うこともある⁹⁹⁾。

次に実際に用いるにはこれら作用の中でさらに下位分類をする必要があり、これら補完的な分類は少なくとも次の二つから成る。一方でその作用の対価の有無が少なくとも各当事者が負う債務の強さに、場合によっては契約の性質決定に影響を与える。なおここでは有償無償というところのない基準よりも各当事者にとってその作用が利益を与えるものか否かという柔軟かつ有用な基準の方が用いられるべきである。他方で作用の対象となる財産の性質ももう一つの分類をなす、例えば動産や不動産、知的財産を同じように移転することはできない。こうした区別はとりわけ危険の移転やフォートの立証責任などについてなされるべきであり、また代替可能な物の利用や占有の移転は同等の物の返還債務を負わせる一方でその物の所有権移転を原則として生ずる。同様に役務についても画一化された役務と各人に合わせたそれとではとりわけ代価の決定や債務の強度において同一に扱われるべきで

はないとする¹⁰⁰⁾。

4 小 括

(1) 以上の今日までのフランスにおける各種契約の一般理論に関する判例および学説の展開を次のようにまとめることができるであろう。

まず各種契約の一般理論とは、おおよそ、ある契約の規律が問題ごとに共通の性質を持つと見られる同系類の契約にも及ぶ契約をまたいだ規律をいい、同系類の契約にその射程が及ぶため契約の一般理論と各種契約の法との中間に位置づけられる。そしてこれらの規律は契約の性質を考慮せず問題ごとに及ぶため、ここでは契約の法制度の決定において契約の性質決定が従来とは同じ重要性を持たないことになる。

こうした同系類の契約に共通する各種契約の一般理論として、例えば判例などにおいて次の例が見られた。まず最も多い売買契約の規律が請負契約にも及んでいると見うる例として、契約責任の直接訴権の根拠となる特定承継論が売買と請負の連鎖にも適用された場合や、所有権留保の効力が請負その他においても認められた場合が挙げられ、また売買の担保責任に関する規律が請負にも適用されるべきことが主張された。反対に民法典 1792 条の 1 第 2 号により請負の規律である工作物の瑕疵についての建築者の当然責任が売買さらには委任にも及び、また異論もあるものの請負などの代金額決定の規律が売買にも及ぼされるべきことが主張された。次いでよく見られる寄託に関する規律が他契約に及んでいると見うる例として、預かった物が滅失した場合にフォートの推定が請負その他の契約においても認められた場合や寄託に関する同様の規律が請負その他の契約においても適用された場合が挙げられ、また寄託に関する規律が他契約にも及んでいると解される例として、寄託における同様の保管義務が様々な契約において従たる義務として認められた場合が挙げられた。さらに委任契約に関する規律が他の契約にも及んでいると見うる例として、委任における受任者の報酬に関する規律が請負人の

報酬にも及んでいると見うる場合が挙げられ、また双方向の直接訴権が認められている委任の規律を一方の直接訴権のみが認められている他の契約にも及ぼすべしとの見解もあった。

(2) そして以上の判例その他における各種契約の一般理論の表れと見うる例を受けて、今日までにいくつかの学説が唱えられていたが、これらはおおむね次のようにまとめられる。

まず Cadiet は、各種契約の法への重心の移行とその細分化特種化による契約の一般理論の後退がもたらす不都合を指摘し、さらにより本質的に契約法の発展の方向を市民社会の構成員が交渉により法を生み出す契約社会を導く方に見だし、こうした契約が社会を規律する方式は各種契約の法を犠牲にして一般法の発展を求めるとして、主として各種契約の一般理論を形成することによる刷新された契約の一般理論への回帰の必要性を説いていた。

次にこうした各種契約の一般理論ないしこれに相当するもののあり方、さらには複雑な無名契約についてのその有用性について、Bénabent によれば、同様の問題には契約の性質決定の相違にかかわらず同じ規律がなされるべきであり、契約の制度をその性質や種類に応じて分類するのではなく、契約が何であれ、ある種類の債務の目的と機能に結びついたひとまとまりの規律を定める契約横断的な特種理論が構築されるべきであるとし（例えば、所有権移転や占有の移転、使用の約束、金銭の支払、役務給付の履行、なさざる約束）、とりわけ複雑な契約についてはその各構成要素に対応するいくつかの特種理論がそれぞれに適用されるとする。対して Puig はこうした契約横断的な中間理論である諸契約の特別な共通法の構成単位について、Bénabent のように債務の目的ではなく、契約に関する法の階層を尊重するため、これを基本的な作用とする。これは基本となる共通の目的（例えば、所有権の移転や利用の移転、財産の創出、役務の提供、保存、代理）のために集められたしばしば双務的な債務の集まりである。そして契約カテゴリーを解体し、構成要素としてのこうした基本的な作用を抽出して、これに対応する制度を結びつけ、これらを組み合わせることで、日々実務が新たに生み出す複雑な契約を規律することを

意図するのである。

またこれらを実際に用いるには次のようなアプローチを合わせることが必要とされる。まず広い意味での有償無償による区別が挙げられる。何らかの対価の有無が各当事者が負う債務の強さに、場合によっては契約の性質決定に影響を与える。次に不動産か動産かあるいは知的財産か、また代替可能か否かといった対象となる財産の性質の違いも制度の違いをもたらす。さらに役務についても画一化された役務かオーダーメイドの役務かで同一に扱われるべきではない。

(3) そのうえで、以上のようにその姿が少しずつ明らかになりつつある各種契約の一般理論の出現は次のような議論にも少なからぬ影響を与える。同問はこのような広がりを持った議論である。

まず契約の性質決定との関係について、このような契約横断的な理論が構築されることで、その分契約に適用される制度は契約の性質決定との結びつきを弱めることになる。特に実務において日々生み出される複雑な無名契約の性質決定について、例えば Puig は、複数の契約を組み合わせた性質決定は、規制の重複や矛盾を生じさせるため避けられるべきであるが、その複合性を否定しないためにも単一の性質決定とこれによる単一の制度適用によるべきではなく、基本的な作用の組合せたる契約にはそれぞれの作用に対応する制度を付加することでこれを規律すべきであるとする。このように本理論の出現は契約の性質決定の議論に少なからぬ影響を与えることになる。

次に本理論の出現は契約の新たな分類を要請することが幾人かの論者により指摘されていた。すなわち上記学説においては、こうした契約をまたいだ同系類の契約に適用される中間的な理論の構築を容易にするための新しい分類が求められるとされ、そのためのいくつかの基準が示唆されていた。

さらに一般にこうした理論は契約の一般理論と各種契約の法との中間に位置づけられてきたが、論者の中には同理論と一般理論との連続性を強調する者もあった。それではこうした中間理論の出現は契約の一般理論と各種契約の法との関係に何らかの影響を与えるのか、近時のフランス契約法のトピッ

クの一つであるこの議論において本問はどのように論じられているのか。またこの契約法における一般法への回帰そして再生の試みは、より一般的に近時の法全体における法の細分化特種化を受けての一般法と特別法との関係における一般法の意義を再確認する試みによって基礎づけられなければならないであろう。

なおこの各種契約の一般理論は以上の契約各論の一般理論に関する議論に影響を与えうるにとどまらず、それが多用する解釈手法は次のような問題も生じさせる。すなわち、実際に判例などにおける各種契約の一般理論の形成においては、こうした契約をまたいだ中間理論がしばしばある契約の規定の他の契約への類推適用によって作られ、この類推はその重要な手法の一つともいいうところ、これからも各種契約の一般理論の形成がますます進められるべきであるとして、その手法として類推適用を多用することに問題はないのかも問われなければならないであろう。

注

- 1) 現行フランス民法典に規定されている典型契約は、贈与、夫婦財産契約、売買、交換、賃貸借、不動産開発契約、組合、不分割の権利の行使に関する合意、貸借、寄託、射倖契約、委任、信託、和解、仲裁の15種類である。このうち贈与のみは恵与の一つとして、他の典型契約が民法典第3編第5章以下に規定されているのに対し、遺言による処分とともに第2章に規定されている。またこのうち、例えば、貸借は日本の消費貸借と使用貸借に、賃貸借は日本の賃貸借、雇用、請負にそれぞれ対応するものである。なおこの現行フランス民法典の典型契約について、邦語文献として、法制審議会民法（債権関係）部会において、法務省の委託により実施された、中原太郎准教授による「国際的な民法改正動向を踏まえた典型契約に関する調査研究」のフランスの典型契約に関する詳細な報告書（<http://www.moj.go.jp/content/000083170.pdf>）を参照した。
- 2) この表現は大村敦志『典型契約と性質決定』（有斐閣 1997年）138頁以下による。
- 3) 例えば代表的な教科書である、P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, 5éd., 2011, Defrénois, p.3 ets では、有名契約と無名契約などの概念や契約の性質決定、契約法の様々な法源、契約の一般理論と各種契約の法との関係を中心とする契約法の発展、契約の分類が扱われている。
- 4) 例えば、最新の教科書である A. Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils*

et commerciaux, 9éd., 2011, Montchrestien, p. 7 等の各種契約の一覧表によれば、民法典の契約として、贈与、夫婦財産契約、売買、交換、物の賃貸借（賃貸借）、仕事の賃貸借（請負）、組合契約、貸借、寄託、賭事・博戯、終身定期金、委任、保証、自主的担保、和解が挙げられ、さらにこれらが 31 の契約に細分化され、そしてこのうちの 16 が民法典以外の法典や特別法によって規律されている。また商法典の契約として海事運送など 7 の契約、その他の法文（判例を含む）によって規律されている契約としてファイナンスリースなど 9 の契約も挙げられている。

- 5) 我が国において近年この非典型契約論を主題的に検討した文献として、湯浅道男「混合契約および非典型契約の解釈にあたっては、どういう点に留意すべきか」椿寿夫編『講座 現代契約と現代債権の展望 第 5 巻』（日本評論社 1990 年）3 頁以下および河上正二「混合契約論」についての覚書」法学 56 巻 412 頁以下がある。また近時においては、NBL 誌上において、椿寿夫＝伊藤進「非典型契約の総合的検討」NBL 917 号 8 頁以下にはじまる非典型契約の総合的な検討を目的とする連載がなされており、ここでは様々なまたレヴェルを異にする非典型契約の内容が検討され、さらに非典型契約全体にかかわる問題も扱われている。そして、その内容規制を検討する後藤巻則「非典型契約における内容規制」NBL 947 号 82 頁以下や連載のまとめである伊藤進「非典型契約論について」NBL 949 号 92 頁以下は、各非典型契約の内容の検討を超えた非典型契約の規律のあり方（非典型契約論）について論ずるものである。また特別法（割賦販売法）上の強行規定が本来の適用対象取引と類似した適用対象外取引について任意規定として機能する、すなわち民法の典型契約規定と同様の機能を担いうとする、川地宏行「割賦販売法規定の準典型契約機能」NBL 937 号 50 頁以下もこれに加えられよう。
- 6) 混合契約の問題に本格的に取り組んだ我が国の初期の研究に、三瀧信三「混合契約ノ彙類及ヒ解釋」法協 31 巻 4 号 33 頁以下、5 号 54 頁以下、6 号 50 頁以下および曄道文藝「混合契約論ノ研究」京法 10 巻 10 号 1 頁以下、11 巻 9 号 23 頁以下がある。
- 7) 鳩山秀夫『増訂 日本債権法各論 下巻』（岩波書店 1924 年）745 頁における類推適用説の採用が決定的であった。その後、我妻栄『債権各論 中巻二（民法講義 V 3）』（岩波書店 1962 年）887 頁以下もこの立場を基本的に承継した。
- 8) この混合契約論が発展しなかった理由について、北川善太郎『民法講要 IV 債権各論〔第 3 版〕』（有斐閣 2003 年）110 頁以下は、「混合契約論が細かく分析を重ねてその（契約の）構造を解明しても、その延長で解決に到達できるのではなく、当該契約の全体像との関連では再度当事者の意思に立ち戻った解釈が要請される」ためであるとしている。
- 9) とりわけ、河上・前掲注 5）412 頁以下を参照。また混合契約論の生成と展開、そして意義について、同論文の 409 頁以下および潮見佳男『契約各論 I』（信山社 2002

- 年) 17 頁以下などを参照。
- 10) 石川博康「典型契約と契約内容の確定」内田貴ほか編『民法の争点 (ジュリ増)』(有斐閣 2007 年) 237 頁参照。
 - 11) 湯浅・前掲注 5) 20 頁以下。
 - 12) その最も代表的な見解とされるのが、来栖三郎『契約法』(有斐閣 1974 年) 736 頁以下である。
 - 13) 代表的な見解としてしばしば挙げられるものに、河上正二「契約の法的性質決定と典型契約」加藤一郎先生古稀記念『現代社会と民法学の動向・下』(有斐閣 1992 年) 297 頁以下や大村・前掲注 2) 348 頁以下、山本敬三「契約法の改正と典型契約の役割」山本敬三ほか『債権法改正の課題と方向 (別冊 NBL 51 号)』(商事法律研究会 1998 年) 7 頁以下がある。また石川博康『「契約の本性」の法理論』(有斐閣 2010 年) は、法定類型に現実類型を加えた現代における契約の類型強制的構造を、すなわち「契約の本性」の法理論による契約規範の類型的規整のあり方を考察する。
 - 14) このような整理について、潮見・前掲注 9) 10 頁以下を参照。
 - 15) 大村・前掲注 2) 354 頁以下によれば、法適用のモードのトップ・ダウン型の情報処理からボトム・アップ型の情報処理への切り替え、また典型契約類型の適用の局面から新類型の生成の局面への移行である。
 - 16) 椿寿夫『民法 (財産法) 25 講 [第 2 版補訂版]』(有斐閣 2002 年) 124 頁。
 - 17) 湯浅・前掲注 5) 20 頁以下。この点について既に椿寿夫「契約法学の今日的課題」法時 59 巻 3 号 3 頁は、「さりとて、どの典型契約にも属さず、契約の趣旨等を総合判断してその内容を決めるべきだといってみても、それだけではなんら解決になるまい。のみならず、そこにある契約をそのまま鵜呑みにする事態すら生まれかねない」との指摘を行っていた。また河上・前掲注 5) 4 頁は、これらを受けて、「とりわけ今日においては、……以前のように、当事者の経済的意図を推測しながら不明確な合意内容を補充するための解釈ルールを探るべく展開された非典型契約論では不十分であり、むしろ明示的な「特約」を合理的な内容へと導くための理論枠組みとしての非典型契約論の検討が要請されている」として、これまでの「混合契約」についての議論をあらためて見直す必要性を述べている。そして非典型契約の総合的な検討をなす椿=伊藤・前掲注 5) にはじまる連載においても、その 9 頁にあるように、ある非典型契約の「契約類型の本性」を明らかにして当該「契約類型の本性」における合理的な契約規範や契約正義を探究すること、そのうえで当該非典型契約類型に対応した合理的な契約内容を確定しかつ、ある契約条項の効力を判断するという作業が、今日、要請されることになる。われわれの非典型契約の総合的検討は、このような認識に立ってのものである」とされ、後藤・前掲注 5) 82 頁以下は、いくつかの非典型契約に関する判例の分析を通して非典型契約の契約解釈と

結びついた内容規制のあり方を考察している。

- 18) 石川・前掲注 10) 237 頁を参照。契約の現実類型については、北川・前掲注 8) 109 頁以下や潮見・前掲注 9) 29 頁以下を、また契約の法定類型と現実類型の本性的要素の二元性を前提に内容補充と内容規制の構造やその理論的規盤を考察する石川・前掲注 13) を参照した。
- 19) 森田宏樹「契約」北村一郎編『フランス民法典の 200 年』(有斐閣 2006 年) 321 頁以下の記述を参照。
- 20) 大村・前掲注 2) である。
- 21) 以下のフランスにおける契約の一般理論と各種契約の法との相互関係について、邦語文献として、とりわけ森田・前掲注 19) 317 頁以下を参照した。
- 22) 例えば、F. Conllart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 6éd., 2002, Dalloz, p. 4 ets; P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, 4éd., 2009, Defrénois, p. 23 ets; P. Puig, *Contrats spéciaux*, 3éd., 2009, Dalloz, p. 4 ets. なお以下の記述については、特にこれらおよび L. Cadet, *Interrogations sur le droit contemporain des contrats*, in *Le droit contemporain des contrats, Bilan et perspectives*, 1987, Economica, p. 23 ets; G. Lardeux, *Le droit de contrats spéciaux hors de Code civil*, LPA., 2005, n° 183, p. 3 ets などによっている。
- また同様の見方が現れている教科書類として、例えば、P. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 8éd., 2010, Dalloz, n° 3612 ets; D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, 7éd., 2010, Dalloz, p. 9 ets などがある。
- 23) P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *op. cit.* 22), p. 24.
- 24) 例えば、F. Conllart Dutilleul et P. Delebecque, *op. cit.* 22), p. 9 などはこれを arborescence (樹枝状) と呼び、A. Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, 7éd., 2006, Montchrestien, p. 5 は ramification (枝分かれ) と呼ぶ。なお契約法を含む法の体系についてこうした幹(一般法)から枝(特別法)へのツリー構造のイメージを有することに対しては、今日においてはこれに対比される非中心的なネットワークであるリゾーム(rhizome)とのイメージの方がより適しているとの主張も存在する。J.-P. Chazal, *Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux*, in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 ets.
- 25) G. Lardeux, *op. cit.* 22), p. 4 ets は、民法典外の特別法の規律への重心の移行等による民法典の空洞化を論ずる。
- 26) G. Lardeux, *op. cit.* 22), p. 6 は、これら特別法の特質として弱い契約当事者を保護するための強行法規性を指摘している。

なおこのような弱者として、一般に労働者や賃借人、消費者などが挙げられるが、とりわけ消費者法について、消費者と事業者という法適用の区分が設けられ、

- かつ多くの場合には契約の種類にかかわらず横断的に適用されるという点で、従来の契約秩序を乱すもう一つの特種化が指摘される。また競争法も同様の役割を果たすとされる。P.-H. Antonmattei et J. Raynard, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 5éd., 2009, Litec, p.7 ets; D. Mainguy, *op. cit.* 22), p. 12 ets; P. Puig, *op. cit.* 22), p. 8 ets.
- 27) L. Cadiet, *op. cit.* 22), p. 27 は、契約の一般理論があら革のように削られ、次第に死せる法のようになっていくのに対し、特別法が生ける法の表れとなっているとする。
- 28) P. Rémy, *La jurisprudence des contrats spéciaux quarante ans de chroniques à la Revue Trimestrielle de Droit Civil*, in *Journées René Savatier*, 1986, PUF, p. 111.
- 29) G. Lardeux, *op. cit.* 22), p. 5 ets 参照。
- 30) P. Puig, *op. cit.* 22), p. 9 ets 参照。また P. Rémy, *Droit des contrats: questions, positions, propositions*, in *Le droit contemporain des contrats, Bilan et perspectives*, 1987, Economica, p. 280 ets は、こうした契約の特種化による特別な法律の登場について、立法者は、一般的利益の立派な外観を装った私的な利益集団からの立法要求に応じて、本能的に契約のカテゴリーごとの立法を行い、またこうして作り出された法文の中には、データベースによってその数を数えることはできても、裁判官に無視され、立法者自身ももはやその記憶から引き出せないものもあるなどとする。
- 31) P. Jestaz, *L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945*, in *Journées René Savatier*, 1986, PUF, p. 118 は経済的な要請に応えることやある事業を活性化すること（賃貸用建物の建設など）、有害な実務を矯正することなどを挙げる。
- 32) P. Puig, *op. cit.* 22), p. 14 ets を参照。L. Cadiet, *op. cit.* 22), p. 27 も同旨。また例えば、P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *op. cit.* 22), p. 25 は、こうした複雑な契約を規律する法律の出現をもう一つの特種化の表れとする。
- 33) P. Puig, *op. cit.* 22), p. 15 を参照。なおこうした複雑な契約が性質決定において生じさせる問題については、主に各種契約の一般理論の形成がこれに及ぼす影響との観点から後に検討を行う。
- 34) こうした学説の試みの一覧およびこれらにおおよそ共通するこの方向性については、特に P. Puig, *op. cit.* 22), p. 11 ets を参照。
- 35) M. Cabrillac, *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, in *mélanges G. Marty*, 1978, Université Toulouse, p. 235 ets.
- 36) D. Mainguy, *Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats*, in *Mélanges M. Cabrillac*, 1999, Dalloz, p. 165 ets は、M. Cabrillac の記念論文集に掲載された論文であり、冒頭に M. Cabrillac, *op. cit.* 35) を引用して、これを引き継ぐものである。

- 37) P. Didier, Brèves notes sur le contrat-organizations, in Mélanges F. Terré, 1999, Dalloz, p. 636 ets.
- 38) P. Rémy, *op. cit.* 30), p. 280 ets.
- 39) J.-L. Aubert, La codification et l'éclatement du droit civil hors le code civil, in Le Code civil 1804–2004, 2004, Dalloz, p. 136 ets. J.-L. Aubertの見解については、既にこれを紹介する森田・前掲注 19) 330 頁を参照。
- 40) J.-L. Aubert, *op. cit.* 39), p. 139.
- 41) 契約の一般理論へ回帰する志向が現れるに至った理由について、P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *op. cit.* 22), p. 25 ets は、ディリジズムの衰退と自由主義への回帰が国家による規制の意義について疑問を生じさせていることや、法的な規定は本質的な事項にとどめ、その具体的な実現は裁判官や独立行政機関によることがヨーロッパの様々な法的伝統の共通の分母の形成に資すること、さらには契約法の分野においては立法や命令による介入の失敗がしばしば見られたことを挙げる。
- 42) この事象を循環 (cycles) と表現するのは、例えば、F. Conllart Dutilleul et P. Delebecque, *op. cit.* 22), p. 4; P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *op. cit.* 22), p. 25 である。
- 43) 例えば、F. Conllart Dutilleul et P. Delebecque, *op. cit.* 22), p. 9 ets; D. Mainguy, *op. cit.* 22), p. 14 ets; P. Le Tourneau, *op. cit.* 22), n° 3614; P.-H. Antonmattei et J. Raynard, *op. cit.* 26), p. 11. とりわけ P. Puig, *op. cit.* 22), p. 11 ets は後述の自説を踏まえて同理論を積極的に主張する。
- 44) 例えば、初版である P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, Droit civil, Les contrats spéciaux, 2004, Defrénois, p. 41 ets にはこの各種契約の一般理論の記述に一つの独立の章が与えられていたが、第 2 版以降においてはこれが削除され、記述が留保されている。
- 45) 以下のいわゆる各種契約の一般理論の一般的な理解については、森田・前掲注 19) 322 頁以下の記述に負うところが大きい。
- 46) この各種契約の一般理論という概念は、既に J. Carbonnier, Introduction, in Journées René Savatier, 1986, PUF, p. 31 に現れている。Carbonnier は民法典第 3 編第 3 章を書き直す場合にあらかじめしなければならないことを論ずる中で、同章にこの各種契約の一般理論のための一定の場所を設けることが有用であろうとする。また同じ本の中で P. Jestaz, *op. cit.* 31), p. 135 は、契約の四散を食い止めるためにも、各種契約の一般理論の開発が緊急に必要であるとしている。
- 47) G. Cornu, Introduction, in Journées René Savatier, 1986, PUF, p. 100 ets は、各種契約が他の系類に再編されること、問題ごとの特別法が形成されること、そして契約の法制度はその契約の性質から切り離されて、様々な契約に広がることを指摘する。

- 48) 以上 P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *op. cit.* 44), p. 42 参照。
- 49) 以上 F. Conllart Dutilleul et P. Delebecque, *op. cit.* 22), p. 10 ets 参照。これに加えて、一定の社会的カテゴリーの者の保護を意図して、どのような契約であれ同じ措置が取られることがあることを指摘する。例えば消費者信用において、契約が(消費)貸借であれ、賃貸借(リース)であれ、規律は同一である。また P. Jestaz, *op. cit.* 31), p. 134 は、既に各契約の境界があいまいになっていること、重要なのは達成すべき結果であり経済的な取引の規制であってどのような契約によるかは重要ではないことを指摘していた。
- 50) L. Cadet, *op. cit.* 22), p. 29 ets.
- 51) 契約の一般理論と各種契約の法との相互関係とは、契約についての新たな考え方が各種契約の法からもたらされ、この成果から契約の一般理論が形成され、そしてこの新たな一般理論が各種契約の法にいきわたるという永続的なフィードバックであるとされる。P. Rémy, *op. cit.* 30), p. 275, 森田・前掲注 19) 325 頁参照。
- なお今日における契約の一般理論と各種契約の法との関係について、Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit special des contrats*, 2009, LGDJ, p. 1 ets を参照。同論文の内容については後述する。
- 52) 例えば、民法典 1780 条で期限の定めのない労務賃貸借(請負)に認められている一方的解除はすべての期限の定めのない契約について今日では認められている。1895 条が金銭消費貸借について定める金銭の名目主義は金銭に関する債務の一般原則である。安全債務は運送契約において認められていたが今日ではほとんどすべての契約において認められる。情報提供義務などの契約締結過程における諸義務は売買契約において発展し、今日ではほとんどすべての契約において認められる。第三者のためにする契約は 1121 条によりその役割が非常に限定されていたが、生命保険契約により今日では債務法の一般技術となっている。これらの他にも、例えば、医療契約からすべての契約に一般化された結果債務と手段債務の区別や売買からほとんどすべての契約を対象とするに至った濫用条項規制なども挙げられることがある。

以上の具体例については、F. Conllart Dutilleul et P. Delebecque, *op. cit.* 22), p. 10 ets; P. Puig, *op. cit.* 22), p. 10; D. Mainguy, *op. cit.* 22), p. 14 ets を参照した。

ただしこうした契約の一般理論となるに至った規律と各種契約の一般理論との境界はあいまいであり、ある規律をそのどちらに含めるかはこれら論者においても異なる。

なお不動産売主に課せられる情報提供義務を検討する中で、契約の性質決定に関わりなく課せられる同義務が各種契約の一般理論の一例をなしていることにも触れる、G. Durand-Pasquier, *De l'incidence des obligations d'informations légales du vendeur sur le contrat de vente d'immeuble*, JCP. éd. N. 2008, 1177, n° 16 も参照。

- 53) 以下の具体例は、主に P. Puig, *Pour un droit commun spécial des contrats, Études en l'honneur de Jacques Foyer*, 2008, *Economica*, p.834 ets; A. Bénabent, *Les difficultés de la recodification: les contrats spéciaux*, in *Le Code civil 1804–2004*, 2004, Dalloz, p.250 ets; J. Huet, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 2éd., 2001, LGDJ, p.23 ets; F. Conllart Dutilleul et P. Delebecque, *op. cit.* 22), p.10 ets; P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *op. cit.* 44), p.41 の挙げるところによる。とりわけ P. Puig の上記論文には参考判例や参考文献の所在など多くを負っている。
- 54) 以下の具体例は、もっぱら現行民法典のある契約に関する規律が他の契約にも及ぼされていると見うる判例またはその旨の主張であるが、民法典の改正草案の規定の中には各種契約の一般理論を定めるものと評価されるものもある。例えば、債務法および時効法改正準備草案であるいわゆる Catala 草案は、1155 条以下に、与える債務、為す債務、為さざる債務という従来の債務の分類に加えて、新たに利用を与える債務 (*l'obligation de donner à usage*) を規定しているが、P. Puig, *op. cit.* 53), p.831 などは、賃貸借や使用貸借などの限られた契約を対象とし、一般理論に位置づけられるには特殊な同債務の制度を、各種契約の一般理論の一例と見ている。
- なお Catala 草案の同債務については、G. Pignarre, *L'obligation de donner à usage dans l'avant-projet Catala*, D 2007, p.384 ets を、また邦語文献として、上井長十「フランス債務法改正検討作業に見る目的概念について」三重大学法経論叢 29 巻 1 号 17 頁以下を参照した。
- 55) 本判決の特定承継論の拡大による契約責任の拡張以前、注文主は売主に対し不法行為責任に基づいて損害賠償を認められていた。それゆえ本判決は特に契約関係にない者の間での契約責任と不法行為責任の関係如何という問題においても契約責任の重要な拡張を認めた一連の破毀院判決の一つとして少なからぬ意義を有している。同議論とこの中での本判決の意義については、参考判例や文献の所在も含めて、拙著『複合取引の法的構造』(成文堂 2007 年) 94 頁以下を参照されたい。
- 56) フランス民法典において請負契約(民法典 1710 条では仕事の賃貸借 [*louage d'ouvrage*] とされるが、現在では一般的に請負 [*entreprise*] と呼称される) は、為す債務を生じさせる役務提供契約の中心である。この請負契約が特に請負人が材料を提供する場合に所有権移転効を生じさせるかが古くから論じられてきた。これまで一方で目的物が動産である場合には目的物を構成する材料(従物)が労務(主物)の運命に従うとされることで注文主は所有権を取得するとされ、他方で目的物が不動産である場合には注文主が土地の所有者であれば民法典 552 条以下に基づき添付により材料は建築に伴い注文主の土地所有権に組み入れられ、注文主が所有権を取得することになるとされてきた。しかし近年では動産を対象とする場合はもとより不動産を対象とする場合にもこの目的物の注文主への所有権帰属を請負契約自体の

効果であるとしてこれを説明する有力な見解も現れている。この請負契約の所有権移転効の問題については、請負契約の注文主の所有権取得について、従来の売買契約によってこれを説明する見解や従物理論や従物取得によってこれを説明する見解を否定したうえで、労務の賃貸借ではない請負契約の性質に所有権移転効が反せず、仕事のみならず仕事の結果の供給も同契約の目的となることなどから、請負契約が物の移転を含む場合には動産についてであれ不動産についてであれ所有権移転効が同契約に認められるべきだとする、P. Puig, *Le contrat d'entreprise translatif de propriété*, in *Mélanges offerts à Jacques Dupichot*, Bruylant, 2004, p.393 ets や、P. Puig, *Contrats spéciaux* 4éd., Dalloz, 2011, p.532 ets; F. Labarthe=C. Noblot, *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008, p.40 ets を参照した。また Puig と同様に L. Marino, *Le transfert de propriété dans le contrat d'entreprise*, Defrénois 2001, p.907 ets も請負契約の所有権移転効を主張する。

- 57) A. Leinhard, D. 2003, *Act. jur.*, p.3049. また L. Leveneur, *Cont. conc. et consom.* 2001, n° 133 も所有権留保のメカニズムが売買に限定される理由はないとする。
- 58) その旨を主張する代表的な教科書として、例えば、F. Conllart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 8éd., 2007, Dalloz, p.157 ets; P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *op. cit.* 22), p.423 がある。
- 59) P. Puig, *Application au contrat d'entreprise de la nouvelle garantie de conformité: évolution ou révolution?*, *RDC*. 2005/3, p.963 ets; P. Puig, *op. cit.* 53), p.844 ets. 同改正についてはこの他にも、この適合性の担保責任が請負契約にも適用される点について、対象となる請負契約や適用される条文を示したうえで、特に同担保責任が請負契約に適合しないことを批判的に検討する、F. Labarthe=C. Noblot, *Le contrat d'entreprise à l'épreuve des articles L.211-1 et suivants du Code de la consommation À propos de l'ordonnance du 17 février 2005*, *JCP. éd. G.* 2005, p.1680 ets も参照した。また同指令とその国内法化を、そしてこれを通じて EU/EC 指令とフランス民法典との関係を論ずる邦語文献として、馬場圭太「EU 指令とフランス民法典」川角由和ほか編『ヨーロッパ私法の展開と課題』(日本評論社 2008 年) 325 頁以下を参照した。
- 60) P. Puig, *op. cit.* 53), p.843 ets. また L. Marino, *op. cit.* 56), p.924 ets は、請負契約に所有権移転効を認めるべきであるとしたうえで、この所有権移転効を有する請負契約や売買契約などの所有権移転をもたらす様々な契約について、部分的にしろ、すなわち少なくとも所有権とその取得に関する制度については、制度の接近を認めることができるのではないかとする。

なお所有権移転を含めた請負契約と売買契約の制度の相違については、特に F. Labarthe=C. Noblot, *op. cit.* 56), p.36 ets; P. Puig, *op. cit.* 56), p.511 ets; A. Bénabent, *op. cit.* 4), 338 ets を参照した。

- 61) このうち工作物の売主が請負人などと同様に民法典 1792 条以下の厳格な責任を負うとされていることについて、この 1792 条の 1 第 2 号の売主は建築完成後の売主を指しているが、建築予定不動産売買に関する 1646 条の 1 第 1 項が売主がこの 1792 条以下の責任を負うと定めているため、これら工作物の売主はいずれもこの責任を負うことになる。なお淡路剛久「製作物供給契約」遠藤浩ほか監修『現代契約法大系 第 7 巻』(有斐閣 1984 年) 327 頁以下は、フランスにおいてこのようにこれら我が国の建物の製作物供給契約に相当する建物の売買契約が特に瑕疵担保責任について請負契約と同様の規律がなされていることを踏まえ、我が国においても建物の製作物供給契約について売買か請負かで大きな差異を生ぜしめるのは妥当ではなく、性質の許す限り統一的な規定となることが望ましいとして、同様の規律を志向する。
- 62) 各種契約の一般理論を論ずる中で、以下のように売買契約において契約成立時に代金決定が不要である旨を説くのが、P.-Y. Gautier, *Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux*, RDC. 2006/2, p.610 である。
- 63) P. Puig, *op. cit.* 53), p.848 ets.
- 64) P. Puig, *op. cit.* 53), p.839 ets.
- 65) P. Puig, *op. cit.* 53), p.840 ets.
- 66) P. Puig, *op. cit.* 53), p.840 ets.
- 67) 破毀院第一民事部 1975 年 11 月 18 日判決および同 1987 年 10 月 13 日判決。
- 68) 破毀院第一民事部 1975 年 11 月 18 日判決および同 1992 年 5 月 19 日判決。
- 69) P. Puig, *op. cit.* 53), p.840 ets.
- 70) 例えば、営業財産の売買に関する取引仲介業者の報酬を算定した、パリ控訴院 1951 年 3 月 9 日判決 (D. 1951, p.551) や、執行吏の報酬を減額した、パリ控訴院 1960 年 12 月 16 日判決 (D. 1961 somm., p.33), コンサルタントの報酬を減額した、レンス控訴院 1969 年 4 月 17 日判決 (Gaz. Pal. 1971, 1 somm., p.12), 不動産仲介業者の報酬を減額した、破毀院第三民事部 1973 年 12 月 5 日判決 (JCP. éd. G. 1974 III, 25) などが挙げられる。

なおこの裁判官による委任契約における受任者の報酬額のコントロールは、報酬額が委任事務に比べて客観的に過多であると考えられる場合に、これを裁判官が減額しうることもでも認めるものである。この判例法の形成と学説の見解について、岸上晴志『契約の目的』(不磨書房 2006 年) 81 頁以下を参照した。

- 71) フランス民法典において委任契約は請負契約と並び役務提供契約を代表する契約であり、様々な契約がこの委任契約との性質決定をされうる。この委任契約と請負契約は、前者が法律行為を対象としかつ受任者に代理権を付与するものであるのに対し、後者は事実行為を対象とするという点で区別される。そして医療契約など法律行為を対象としない契約は我が国とは異なり準委任ではなくすべて請負契約とされる点に留意する必要がある。なお請負契約と委任契約との区別については、特

に、F. Labarthe=C. Noblot, *op. cit.* 56), p. 107 ets; P. Puig, *op. cit.* 56), p. 505 ets; P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *op. cit.* 3), p. 420 ets; A. Bénabent, *op. cit.* 4), p. 346 ets を参照した。

72) P. Puig, *op. cit.* 53), p. 838.

73) P. Puig, *op. cit.* 53), p. 848.

74) ここで想定されているのは、転借人の賃貸人に対する契約責任（不法行為責任ではなく）の損害賠償請求と、これに加えてこの損害賠償が履行の代替であることに鑑みて、直接履行請求である。

75) 契約責任に基づく損害賠償の直接訴権と直接履行訴権、さらには直接弁済訴権を、これら特定の契約の連鎖においてだけでなく、さらに同一の債務よりなる様々な契約の連鎖すなわち契約群（Les groupes de contrats）において認めるべきであるとの、こうした直接訴権に関する一般理論の構築を試みたのが、M. Bacache-Gibeili, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, 1996, LGDJ の тезис である。同人の見解については、拙著・前掲注 55) 131 頁以下を参照されたい。

76) 本稿執筆中においても、「各種契約の一般理論は存在するのか？（Existe-t-il une théorie générale des contrats spéciaux?）」と題するコロックがカーン大学において開催されている。

77) L. Cadet, *op. cit.* 22), p. 25 ets.

78) L. Cadet, *op. cit.* 22), p. 11 ets.

79) L. Cadet, *op. cit.* 22), p. 24.

80) L. Cadet, *op. cit.* 22), p. 35.

81) L. Cadet, *op. cit.* 22), p. 29 ets.

82) A. Bénabent, *op. cit.* 53), p. 250 ets. Bénabent の見解は既に森田・前掲注 19) 328 頁以下によって詳細に紹介がなされている。以下の検討もこれに負っている。

83) この特種理論が各種契約の一般理論に相当するものである。森田・前掲注 19) 329 頁。

84) A. Bénabent, *op. cit.* 53), p. 252 ets.

85) A. Bénabent, *op. cit.* 53), p. 253.

86) 契約の一般法の一般理論の不十分さと諸契約の特別法における一般理論の不存在に由来する不十分さについて論じる、J. Raynard, *Pour une théorie générale des contrats spéciaux: des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial*, RDC. 2006/2, p. 597 ets とこれに続く 4 編の論文である。本稿ではこの後者の 4 編の論文を検討する。

87) これら 5 編の論文のそれぞれの特徴の簡潔な指摘とこれらの簡単な評価をなす、P. Puig, *op. cit.* (53), p. 826 ets も参照。

88) P.-Y. Gautier, *op. cit.* (62), p. 610 ets.

- 89) P.-Y. Gautier, *op. cit.* (62) , p.612 ets.
- 90) F. Collart Dutilleul, La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats ou droit des biens, RDC. 2006/2, p.604 ets.
- 91) F. Collart Dutilleul, *op. cit.* (90) , p.606 ets.
- 92) D. Mainguy, Pour une théorie générale des contrats spéciaux?, RDC. 2006/2, p.618 ets.
- 93) D. Mainguy, *op. cit.* (92) , p.619 ets.
- 94) J.-J. Barbière, Pour une théorie spéciale des relations contractuelles, RDC. 2006/2, p.628 ets.
- 95) 契約の一般法と各種契約の法、さらにはより特種な各種契約の法の間中に位置づけられ、後述のように基本的な作用に関するルールであり、本稿の各種契約の一般理論にあたるものである。P. Puig, *op. cit.* (53) , p.831.
- 96) 以上について、P. Puig, *op. cit.* (53) , p.829 ets.
- 97) P. Puig, *op. cit.* (53) , p.849.
- 98) 所有権の移転であれば譲渡人は引渡債務や担保の債務を負うのに対して、譲受人は引取義務を負い、また利用の移転であれば、物の引渡しや合意された期間の平穏な利用の担保が、保存および返還債務と引き換えに課せられ、さらに財産の創出であれば、労務の提供、次いでその結果の引渡し、仕事への協力義務や成果物の受領義務を対価として、義務付けられ、最後に役務の提供であれば、詳細は役務の種類により異なるが、全体としては一定の一般的な誠実義務や協力義務が共通して課せられることになる。P. Puig, *op. cit.* (53) , p.851.
- 99) P. Puig, *op. cit.* (53) , p.849 ets.
- 100) P. Puig, *op. cit.* (53) , p.852 ets.